

e regular atividade, resta inviável manter no polo passivo da demanda a empresa supostamente incorporadora, razão pela qual correto o acolhimento da exceção de pré-executividade manejada pela interessada e consequente declaração de ilegitimidade passiva.

**AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL Nº 1.0145.09.539962-5/001 - Comarca de Juiz de Fora - Agravante: Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais - Agravada: Miramar Produtos Alimentícios Ltda. - Interessado: Sucesso Participações e Empreendimentos Ltda. - Relatora: DES.ª SANDRA FONSECA**

#### Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 25 de setembro de 2012. - Sandra Fonseca - Relatora.

#### Notas taquigráficas

DES.ª SANDRA FONSECA - Cuida-se de recurso de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Minas Gerais, visando à reforma da r. decisão que, nos autos da execução fiscal ajuizada em face de Miramar Produtos Alimentícios Ltda., acolheu a exceção de pré-executividade manejada por Sucesso Participações S.A., excluindo esta última do polo passivo do feito.

Em suas razões recursais, sustentou o agravante, em síntese, que a certidão de registro público trazida aos autos é suficiente à demonstração de que a executada foi incorporada pela excipiente, documento este que asseverou não ter sido impugnado pela interessada.

Ressaltou, ainda, a existência de inequívoco vínculo entre as empresas, mormente diante da constatação de que possuem sócios e administradores em comum.

Ao final, pugnou pelo provimento do recurso para reformar a ordem de exclusão da empresa Sucesso Participações S.A. do polo passivo da demanda executiva.

O agravo foi recebido apenas em seu efeito devolutivo, f. 69/70.

Contrarrazões das agravadas às f. 74/83 e 187/195.

O MM. Juízo *a quo* prestou informações à f. 185.

Conheço do recurso, porquanto presentes os respectivos pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

A matéria sob discussão atine à possibilidade de manutenção da agravada Sucesso Participações S.A. no polo passivo do executivo fiscal inicialmente ajuizado em face de Miramar Produtos Alimentícios S.A., ante a alegada incorporação da primeira pela última.

Com efeito, o pedido de redirecionamento está fundamentalmente articulado com base na invocada

### **Execução fiscal - Exceção de pré-executividade - Acolhimento - Sociedade - Exclusão do polo passivo do feito - Alegação de incorporação empresarial - Prova - Inexistência - Ilegitimidade passiva declarada**

Ementa: Agravo de instrumento. Execução fiscal. Acolhimento de exceção de pré-executividade. Exclusão de sociedade do polo passivo do feito. Alegação de incorporação empresarial. Prova. Ausência. Ilegitimidade passiva patenteada nos autos. Recurso desprovido.

- Em sede de execução fiscal ajuizada em face da única pessoa jurídica constante da CDA, incumbe ao ente público a prova da responsabilidade de terceiro para que se viabilize o redirecionamento do feito executivo.

- Ausente a prova de que operada a incorporação empresarial da executada pela sociedade agravada, mormente em face da demonstração de que houve simples incorporação patrimonial de bem imóvel e de que ambas as pessoas jurídicas permanecem em plena

incorporação societária, o que, conforme pretende o ente estadual, seria suficiente para que a demanda prossiga com a alteração da parte executada.

De saída, importa delimitar que a execução fiscal de origem está lastreada no título consubstanciado nas certidões de dívida ativa colacionadas às f. 13/20-TJ, nas quais somente consta como obrigada a pessoa jurídica Miramar Produtos Alimentícios.

Nessa linha, para que se admita o redirecionamento do executivo fiscal em face da recorrida Sucesso Participações S.A., exsurge indispensável a prova da responsabilidade da empresa, que deve ser providenciada, de forma segura, pelo ente público, já que as presunções legais de que gozam as CDAs (art. 3º da LEF) não se estendem à terceira em face da qual não houve prévia instauração do procedimento administrativo tributário.

É certo que a legislação, nos casos de sucessão empresarial, imputa à pessoa jurídica resultante dos atos de transformação a responsabilidade pelos débitos tributários da empresa anterior, consoante a expressa disposição do art. 132 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Sobre o instituto da incorporação, assim estabelece a Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporada mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembleia geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

Como se vê, a operação de incorporação pressupõe a absorção pela sociedade de uma ou outras empresas, deixando estas de existir, visto que subsumidas as obrigações e o patrimônio naquela outra pessoa jurídica preexistente.

No caso dos autos, a prova principal de caracterização da incorporação da sociedade Miramar Produtos Alimentícios pela Sucesso Participações S.A. está externada nas cópias das matrículas do Cartório do 2º

Ofício de Imóveis de Governador Valadares trazidas às f. 26/29-TJ.

Entretanto, referidos documentos, ao revés de demonstrarem a incorporação societária a que aludem os já mencionados art. 132 do CTN e art. 227 da LSA, indicam tão só que houve incorporação imobiliária de bem antes pertencente à executada Miramar Produtos Alimentícios, adquirido pela Sucesso Participações S.A., ainda no ano de 2002.

Como é cediço, a incorporação imobiliária consiste em simples transmissão patrimonial e, como tal, não equivale à incorporação empresarial, de modo que, por essa razão, não atrai a aplicação da responsabilidade tributária de que cuida o art. 132 do CTN, pelo que impertinente a alegação do ente estadual.

Na verdade, a invocada incorporação das sociedades também se elide diante da prova de que não se operou a extinção da empresa supostamente incorporada, tal como se constata dos comprovantes acostados às f. 85/86, que atestam permanecer a empresa Miramar Produtos Alimentícios em plena atividade já no exercício de maio de 2012.

Como visto, não tendo sido a agravada Sucesso Participações incluída na CDA exequenda, indispensável era a prova inequívoca da operação societária, não se podendo exigir que a própria sociedade demonstre o fato negativo para que possa ser excluída do feito executivo, porquanto, para que se viabilizasse o redirecionamento da demanda em face de ente não inserido na CDA, o ônus da prova incumbia ao exequente.

Assim, à míngua da prova da incorporação empresarial, impertinente o pedido de inclusão da recorrida Sucesso Participações S.A. no executivo fiscal de origem.

A propósito, este eg. Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de a operação de incorporação exigir prova segura para que se deflagrem os efeitos, também tributários, do ato:

Processo civil. Execução fiscal. Regularidade dos atos processuais. Comparecimento de terceira pessoa. Alegação de incorporação da executada. Necessidade de prova do fato. [...] - Os atos do processo de execução fiscal devem se revestir de absoluta regularidade, impondo-se evitar prejuízo à eficácia da prestação jurisdicional. O comparecimento de terceira pessoa no processo, para se afirmar incorporadora da pessoa jurídica executada e requerer a alteração do polo passivo, torna necessária a prova do fato alegado (TJMG - Al 1.0024.07.371084-0/001 - Rel. Des. Almeida Melo - Publicação: 31.05.2010).

Noutro giro, não se colhe do processado qualquer indício de fraude ou de confusão patrimonial entre as empresas agravadas capaz de justificar a pretensão do Estado de Minas Gerais de prosseguimento da execução fiscal em face da sociedade Sucesso Participações S.A., razão pela qual plenamente cabível o pedido de exclusão da pessoa jurídica do polo passivo da demanda mediante

a exceção de pré-executividade, já que a ilegitimidade passiva é matéria cognoscível de ofício e, na espécie, a prova necessária estava a cargo do ente público.

Por via de consequência, ausente qualquer demonstração de que a empresa Sucesso Participações S.A. seja responsável pelo débito tributário imputado à executada Miramar Produtos Alimentícios Ltda., correta a ordem de exclusão da primeira do polo passivo da demanda, pelo que deve ser mantida a r. decisão.

Com esses fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

DES. EDILSON FERNANDES - De acordo com a Relatora.

DES. BARROS LEVENHAGEN - De acordo com a Relatora.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO.